

TE Verg Bescheid 2009/9/1 N/0093-BVA/09/2009-EV9

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.09.2009

Norm

BVergG 2006 §306 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z1

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 306 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 128/2013
2. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 306 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr.17/2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVerG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVerG betreffend das Vergabeverfahren "A 9 Pyhrn Autobahn, Vollausbau Bosrucktunnel, Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVerG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVerG betreffend das Vergabeverfahren "A 9 Pyhrn Autobahn, Vollausbau Bosrucktunnel,

1. 2.Ziffer 2

Röhre, Tunnelbauarbeiten", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft A***, vertreten durch X***, vom 25.8.2009, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 26.8.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag, längstens aber für die Dauer von sechs Wochen ab Antragstellung, die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren "A 9 Pyhrn Autobahn, Bosrucktunnel 2. Röhre, Tunnelbauarbeiten" untersagen", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens jedoch bis 7. Oktober 2009, untersagt, im Vergabeverfahren "A 9 Pyhrn Autobahn, Vollausbau Bosrucktunnel, 2. Röhre, Tunnelbauarbeiten" den Zuschlag zu erteilen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1, 2 und 3 BVerG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins und 329 Absatz eins, 2 und 3 BVerG

Begründung

Mit Schriftsatz vom 25. August 2009, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 26. August 2009, brachte die Bietergemeinschaft A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben, sowie Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Ersatz der Pauschalgebühren, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht, ein.

Mit Schriftsatz vom 25. August 2009 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass das gegenständliche Vergabeverfahren am 2. März 2009 bekannt gemacht worden sei. Es handle sich um Bauleistungen, die im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich vergeben werden sollen. Die Angebotsfrist habe nach entsprechenden Verlängerungen am 19. Mai 2009 geendet. Die Angebotsöffnung habe am 19. Mai 2009 stattgefunden. Als Zuschlagskriterien seien der Gesamtpreis (98%) und die Qualität (2%) festgelegt gewesen.

Die Angebotsöffnung habe folgende Reihung ergeben:

1. 1.Ziffer eins

B*** Euro XXXXB*** Euro römisch 40

2. 2.Ziffer 2

C*** Euro XXXXC*** Euro römisch 40

3. 3.Ziffer 3

A*** Euro XXXXA*** Euro römisch 40

4. 4.Ziffer 4

D*** Euro XXXXD*** Euro römisch 40

Mit Telefax vom 13. August 2009 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Bietergemeinschaft B*** zu erteilen.

Die Stillhaltefrist habe am 27. August 2009 geendet; ebenso die Frist für die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung.

Bei rechtskonformer Durchführung des Vergabeverfahrens wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden gewesen. Da auch dem mangelhaften Angebot der zweitgereihten Bietergemeinschaft der Zuschlag

nicht erteilt werden könne, hätte der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zugunsten des Angebotes der Antragstellerin treffen müssen. Die Zuschlagsentscheidung sei sohin rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weise einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf. Jedenfalls aber könne der angebotene Gesamtpreis keinesfalls plausibel zusammengesetzt sein, sodass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gem. § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auszuschneiden wäre. Der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weiche um ca. 20% von dem von der Antragstellerin angebotenen Preis ab. Der Auftraggeber hätte daher gemäß § 125 BVergG eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen müssen. Eine solche sei jedoch entweder gar nicht oder lediglich mangelhaft und damit gesetzwidrig durchgeführt worden. Bei Durchführung einer gesetzeskonformen Angebotsprüfung wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weise einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf. Jedenfalls aber könne der angebotene Gesamtpreis keinesfalls plausibel zusammengesetzt sein, sodass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gem. Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden wäre. Der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weiche um ca. 20% von dem von der Antragstellerin angebotenen Preis ab. Der Auftraggeber hätte daher gemäß Paragraph 125, BVergG eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen müssen. Eine solche sei jedoch entweder gar nicht oder lediglich mangelhaft und damit gesetzwidrig durchgeführt worden. Bei Durchführung einer gesetzeskonformen Angebotsprüfung wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen.

Die Antragstellerin habe ihren Angebotspreis den Vorgaben der Ausschreibung und den gesetzlichen Vorgaben entsprechend kalkuliert. Die Antragstellerin habe die angebotenen Preise nur deshalb so günstig kalkulieren können, da sie sämtliche Spielräume (günstige Subunternehmerpreise, Synergieeffekte, Nachlässe der Geschäftsführung und Rabatte) ausgenutzt habe und Wagnis und Gewinn minimiert worden seien. Dennoch unterschreite der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jenen der Antragstellerin um ca. 20%. Dieser Unterschied sei für die Antragstellerin nur dadurch erklärbar, dass im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entweder nicht alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten seien oder aber nicht dem Markt entsprechende Preis angesetzt worden seien. Es sei von der Unplausibilität des Gesamtpreises der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszugehen.

Die Antragstellerin vermute, dass hinsichtlich folgender Leistungsteile unter Umständen Aufklärungs- und Erörterungsbedarf bestehe:

1. 1.Ziffer eins

Einen "preislich zentralen Bereich" würden die Leistungen der Leistungsgruppe 18 98 "Transporte, Materialverwertung, Entsorgung" darstellen. Nach diesen Positionen würde die Materialverfuhr innerhalb bzw. außerhalb des Baustellenbereichs vergütet, soweit solche Leistungen in anderen Positionen für den Abbruch, Aushub oder die Lieferung nicht enthalten seien. Gesondert vergütet würde die Verwertung bzw. Deponierung/Entsorgung des Materials (vgl. Teil B.7. "Beschreibung der Leistung"). Einen "preislich zentralen Bereich" würden die Leistungen der Leistungsgruppe 18 98 "Transporte, Materialverwertung, Entsorgung" darstellen. Nach diesen Positionen würde die Materialverfuhr innerhalb bzw. außerhalb des Baustellenbereichs vergütet, soweit solche Leistungen in anderen Positionen für den Abbruch, Aushub oder die Lieferung nicht enthalten seien. Gesondert vergütet würde die Verwertung bzw. Deponierung/Entsorgung des Materials vergleiche Teil B.7. "Beschreibung der Leistung").

In der genannten Leistungsgruppe würden sich für ein Tunnelbauvorhaben insofern besondere Anforderungen finden, als erhebliche Anteile des Aushubmaterials (nämlich ca. 200.000 t) in Reststoffdeponieren zu entsorgen seien. Reststoffdeponien seien im Sinne des Abfallwirtschaftsgesetzes besonders strengen Richtlinien unterworfen und daher entsprechend teuer. Vor allem angesichts der Transportwege würden kaufmännisch sinnvoll lediglich Standorte im Umkreis des Tunnels in Betracht kommen. Gemäß Pkt. 8.3.2.12 des Teils B.8 seien in dem Angebot die vorgesehenen Deponiestandorte zu benennen gewesen. Bereits angesichts des Anteils der Leistungsgruppe 18.98 am

Gesamtvolumen seien die Preise der Zuschlagsempfängerin im Hinblick auf die konkret ausgeschriebenen Leistungen und die von der Zuschlagsempfängerin benannten Deponiestandorte zu hinterfragen. Es liege die Vermutung nahe, dass nicht dem Markt entsprechende und wohl auch nicht aufklärbare Einheitspreise kalkuliert worden seien.

1. 2.Ziffer 2

Nach den Ausschreibungsunterlagen hätte eine Verkürzung der vom Auftraggeber vorgegebenen Bauzeit angeboten werden können. Diese Möglichkeit sei jedoch vor dem Hintergrund zu sehen, dass der vom Auftraggeber vorgegebene Terminrahmen bereits knapp bemessen sei. Eine Bauzeitverkürzung könne somit nur dann angeboten werden, wenn Arbeitsvorgänge (z.B. Ausbruch und Betonauskleidung) gleichzeitig erfolgen würden. Diese "Gleichzeitigkeiten" würden allerdings Mehrkosten verursachen, womit die mit einer allfälligen Bauzeitverkürzung verbundenen Einsparungen von "zeitgebundenen" Kosten wieder verloren gehen würden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe eine Verkürzung der Bauzeit (von insgesamt 1492 Kalendertagen) um 120 Kalendertage angeboten. Schon allein daraus müsse der Schluss gezogen werden, dass mit nicht realistischen Vortriebsleistungen kalkuliert worden sei oder aber, dass die für die Bauzeitverkürzung notwendige Forcierung der Arbeiten in der Preisbildung nicht berücksichtigt worden sei.

1. 3.Ziffer 3

Bei jedem Tunnelprojekt habe die Kalkulation von Stützmitteln einen wesentlichen Stellenwert. Der erheblich niedrigere Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lasse vermuten, dass unter Umständen unter den Marktpreisen liegende Materialpreise angesetzt worden seien. Auch angesichts der Höhe der Betonkosten sei fraglich, ob für diesen Bereich marktübliche Preise veranschlagt worden seien.

Aus all diesen Gründen könne bei einem preislichen Unterschied von ca. 20% nur von der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises ausgegangen werden.

Formale Mangelhaftigkeit des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Der Auftraggeber ziehe bei sämtlichen Vergabeverfahren nahezu ähnliche Ausschreibungsunterlagen heran. Die Ausschreibungsunterlagen seien in unterschiedliche Teile (Teil B.1 bis Teil B.8) gegliedert. Besonderheiten (z.B. Änderungen gegenüber Vorfassungen der Ausschreibungsunterlagen, wichtige Hinweise etc.) würden vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen hervorgehoben. In den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen würden sich neben anderen, besonderen Anforderungen, auch Änderungen hinsichtlich des abzugebenden Datenträgers finden. Gemäß Pkt. 8.3.2.15 des Teil B.8 sei der Datenträger gem. B1 bei sonstigem Ausscheiden innerhalb von sieben Kalendertagen ab Aufforderung abzugeben. Nach Pkt. 1.2011 des Teils B.1 seien auf einem Datenträger sämtliche Angebotsunterlagen auch in digitaler Form (pdf) abzugeben. Angesichts der speziellen Aufforderung des Auftraggebers müsse vermutet werden, dass andere Bieter und allenfalls auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin keinen Punkt 1.2011 des Teiles B.1 entsprechende Datenträger abgegeben hätten. Auch aus diesem Grunde sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden. Der Auftraggeber ziehe bei sämtlichen Vergabeverfahren nahezu ähnliche Ausschreibungsunterlagen heran. Die Ausschreibungsunterlagen seien in unterschiedliche Teile (Teil B.1 bis Teil B.8) gegliedert. Besonderheiten (z.B. Änderungen gegenüber Vorfassungen der Ausschreibungsunterlagen, wichtige Hinweise etc.) würden vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen hervorgehoben. In den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen würden sich neben anderen, besonderen Anforderungen, auch Änderungen hinsichtlich des abzugebenden Datenträgers finden. Gemäß Pkt. 8.3.2.15 des Teil B.8 sei der Datenträger gem. B1 bei sonstigem Ausscheiden innerhalb von sieben Kalendertagen ab Aufforderung abzugeben. Nach Pkt. 1.2011 des Teils B.1 seien auf einem Datenträger sämtliche Angebotsunterlagen auch in digitaler Form (pdf) abzugeben. Angesichts der speziellen Aufforderung des Auftraggebers müsse vermutet werden, dass andere Bieter und allenfalls auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin keinen Punkt 1.2011 des Teiles B.1 entsprechende Datenträger abgegeben hätten. Auch aus diesem Grunde sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuscheiden.

Wie oben dargelegt, sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden. Aber auch das Angebot der zweitgereihten Mitbewerberin sei, wie vom Geschäftsführer eines Mitgliedes dieser Bietergemeinschaft anlässlich einer Sitzung im Zusammenhang mit einem anderen Projekt mitgeteilt worden sei, in wesentlichen Punkten mangelhaft und auszuscheiden. Der Zuschlag sei dem Angebot der Antragstellerin zu erteilen.

Die Antragstellerin erachte sich aus all diesen Gründen durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 13.8.2009 in ihren Rechten auf Zuschlagserteilung, Ausscheidung der Angebote der erst- und zweitgereihten Bieter und Durchführung eines dem BVerG entsprechenden Vergabeverfahrens, verletzt.

Die Antragstellerin habe großes Interesse am Erhalt des Auftrages. Die Antragstellerin erleide durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung einen Schaden durch die Nichtabdeckung des projektgegenständlichen Deckungsbeitrages (z.B. der AfA für Baugeräte, welche eingesetzt würden, die Kosten für nicht effizient eingesetztes Personal, allgemeine Geschäftsgemeinkosten sowie die anteilige Zentralregie etc.) samt entgangenem Gewinn. Bereits angefallen seien Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie für die rechtsfreundliche Beratung. Außerdem würde ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen. Der Schaden sei nur durch Aufhebung der Zuschlagsentscheidung abzuwenden.

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin vor, dass das gesamte bisherige Vorbringen auch zum Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben werde. Der Auftraggeber könne im gegenständlichen Vergabeverfahren nach Ablauf der Stillhaltefrist den Zuschlag erteilen. Dem Nachprüfungsantrag komme jedoch keine aufschiebende Wirkung zu. Aus der Möglichkeit der Zuschlagserteilung ergebe sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen. Eine bloße Feststellung der fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen würden die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermögen. Einer vorläufigen Untersagung der Zuschlagserteilung stehe ein allfälliges besonderes Interesse des Auftraggebers nicht entgegen. In den Ausschreibungsunterlagen würde sich kein Hinweis darauf finden, dass mit dem Vorhaben nicht bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zugewartet werden könnte. Eine einstweilige Aussetzung des Vergabeverfahrens stelle für den Auftraggeber keine unverhältnismäßige Belastung dar. Zwar solle durch die ausgeschriebenen Bauleistungen die Verkehrssicherheit erhöht werden, daraus ergebe sich jedoch kein Überwiegen eines öffentlichen Interesses. Im konkreten Fall würde keine Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum vorliegen. Demgegenüber drohe eine unmittelbare Schädigung der Interessen der Antragstellerin durch die bevorstehende Zuschlagserteilung. Eine allfällige zeitliche Verzögerung der Auftragsdurchführung könne die Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht verhindern. Zudem habe der Auftraggeber kein beschleunigtes Vergabeverfahren durchgeführt, sodass der Auftraggeber selbst offensichtlich nicht von einer besonderen Dringlichkeit der Leistungsdurchführung ausgegangen sei. Die Interessensabwägung hätte zugunsten der Antragstellerin auszufallen. Bei der von der Antragstellerin beantragten vorläufigen Maßnahme handle es sich um das erforderliche, geeignete und gelindeste zur Verfügung stehende Mittel.

Mit Schriftsatz vom 28. August 2009 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber sei die ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft. Vergebende Stelle sei die ASFINAG Bau Management GmbH. Der Auftrag sei am 2.3.2009 EU-weit und am 3.3.2009 österreichweit bekannt gemacht worden. Es handle sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVerG im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf Euro XXXX. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren gemäß § 25 Abs 2 BVerG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Eine Unterteilung in Lose sei nicht vorgesehen. Mit Schriftsatz vom 28. August 2009 erstattete der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Auftraggeber sei die ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft. Vergebende Stelle sei die ASFINAG Bau Management GmbH. Der Auftrag sei am 2.3.2009 EU-weit und am 3.3.2009 österreichweit bekannt gemacht worden. Es handle sich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVerG im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert belaufe sich auf Euro römisch 40 . Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren gemäß Paragraph 25, Absatz 2, BVerG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Eine Unterteilung in Lose sei nicht vorgesehen.

Die Angebotsöffnung sei am 19.5.2009 erfolgt. Die Angebotsöffnung habe folgende Reihung ergeben:

1. 1.Ziffer eins
B*** Euro XXXXB*** Euro römisch 40
2. 2.Ziffer 2
C*** Euro XXXXC*** Euro römisch 40
3. 3.Ziffer 3
A*** Euro XXXXA*** Euro römisch 40
4. 4.Ziffer 4
D*** Euro XXXXD*** Euro römisch 40

Mit Telefax vom 13. August 2009 sei den Bietern die Zuschlagsentscheidung mitgeteilt worden. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden. Weder sei eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben noch das Verfahren widerrufen worden. Eine Zuschlagserteilung sei nicht erfolgt.

Der Auftraggeber sprach sich nicht gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung aus.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages römisch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 12.5.2009, N/0026-BVA/02/2009-15; BVA 28.8.2009, N/0091-BVA/07/2009-EV8 uva). Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 12.5.2009, N/0026-BVA/02/2009-15; BVA 28.8.2009, N/0091-BVA/07/2009-EV8 uva).

Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft geführt. Diese fungiert somit als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd § 4 BVergG zu qualifizieren. Es handelt sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro XXXX). Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH im Auftrag und im Namen der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft geführt. Diese fungiert somit als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG zu qualifizieren. Es handelt sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert Euro römisch 40).

Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren vergeben werden. Im offenen Verfahren stellt die Zuschlagsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG dar. Der Auftrag soll in einem offenen Verfahren vergeben werden. Im offenen Verfahren stellt die Zuschlagsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG dar.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg cit ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG verbunden und innerhalb der gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG vorgesehenen Frist eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig anzusehen ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG verbunden und innerhalb der gemäß Paragraph 321, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG vorgesehenen Frist eingebracht, sodass der Antrag jedenfalls als rechtzeitig anzusehen ist.

Der Zuschlag wurde nach Auskunft des Auftraggebers noch nicht erteilt, das Verfahren auch nicht widerrufen. Die Pauschalgebühren wurden ordnungsgemäß entrichtet. Der Antrag ist zulässig. Das Bundesvergabeamt ist zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg cit nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, leg cit nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen,

die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs 2 leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, leg cit können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs 3 leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, mit dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende vorläufige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass der Auftraggeber die Vergabe des Auftrages an die präsumtive Zuschlagsempfängerin plant. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur die zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden. Der möglicher Weise bestehende Anspruch der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende vorläufige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass der Auftraggeber die Vergabe des

Auftrages an die präsumtive Zuschlagsempfängerin plant. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie in der Folge für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur die zeitlich befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden. Der möglicher Weise bestehende Anspruch der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen vorgebracht (vgl. Stellungnahme vom 28.8.2009, OZ 6). Interessen anderer Bieter, die das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen könnten, wurden weder vorgebracht noch vermag der Senatsvorsitzende solche zu erkennen. Dem Bundesvergabeamt sind auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt. Der Auftraggeber hat keine gegen die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen vorgebracht (vergleiche Stellungnahme vom 28.8.2009, OZ 6). Interessen anderer Bieter, die das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen könnten, wurden weder vorgebracht noch vermag der Senatsvorsitzende solche zu erkennen. Dem Bundesvergabeamt sind auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt.

Demgegenüber hat die Antragstellerin den ihr drohenden Schaden in einer dem Gesetz entsprechenden Weise dargelegt. Der Schaden bestehe in der Nichtabdeckung des Deckungsbeitrages samt entgangenem Gewinn sowie den bereits angefallenen Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie den Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung. Überdies würde bei Nichterhalt des Zuschlages im gegenständlichen Vergabeverfahren ein wichtiges Referenzprojekt verloren gehen.

Beim möglichen Verlust eines wichtigen Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens-)Nachteil (siehe BVA 27.1.2006, 16N-8/06-6; BVA 28.8.2009, N/0091- BVA/07/2009-EV8 uva).

Auch hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und, daraus folgend, auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-7EV u.v.a.).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse, das bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u. v.a.). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse, das bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist (vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u. v.a.).

Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Die zeitlich begrenzte Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens stellt - bei der beabsichtigten Erteilung des Zuschlages auf das Angebot einer Mitbewerberin - die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar. Die Untersagung der Zuschlagserteilung verhindert eine Beendigung des Vergabeverfahrens vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens.

Der Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 319 BVergG erfolgt im Endbescheid. Der Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, BVergG erfolgt im Endbescheid.

Zuletzt aktualisiert am

09.02.2010

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at